

資
料

信教の自由と公教育の宗教的中立性・続 (一)

—— スイス連邦裁判所のイスラム教生徒水泳授業拒否事件判決の紹介 ——

小 林 武

まえがき

公立学校の教育の場における、児童・生徒・学生のもつ教育の自由と学校側のかかげる宗教的中立性の原則との緊張・対立関係は、日本社会においても、今日的なひとつの重要問題となっており、裁判上の紛争としても登場し、これをめぐる学界的論議も深まる兆しをみせている。八年前に判決の出された・いわゆるキリスト教徒日曜日授業参観事件（東京地判一九八六・三・二〇行集三七卷三号三四七頁）がその嚆矢とされるが、本格的にこのテーマが論じられたのは、いわゆるエホバの証人神戸市立高専剣道実技履修拒否事件（神戸地判一九九三・二・二二）であるといえる。そのことから、私も、この後者について、大阪高等裁判所への意見書提出を求められた機会に、先に小考を公けにした（拙稿「信教の自由と公教育の宗教的中立性——『エホバの証人』神戸市立高専剣道実技履修拒否事件をめぐって」(一)・完・南山法学一七卷二号、三号（一九九三年、九四

年)。

右拙稿公刊の後、同じテーマを扱った二つの論文に接した。野坂泰司「信仰を理由とする剣道実技の履修拒否と公教育の宗教的中立性」(ジュリスト一〇三五号(一九九三・一二・二)一四八頁以下〔下級審・時の判例〕欄)、および、土屋英雄「信教の自由の射程と政教分離」(ジュリスト一〇三七号(一九九四・一・一)一五―一四〇頁以下)である。考察の観点と結論の双方において、私は、この両篇ともに同意しうる。野坂氏のかねてよりの見解については、教示を得るところの大きいものとして、右拙稿でもしばしば参照しているので、措くこととし、ここでは、土屋氏の、これも啓発を受けること多大の論文に触れておきたい。

信教の自由と政教分離原則の関係については、歴史的にも、後者は、前者の保障をより鞏固にする役割をもつ制度として成立し、今日の憲法規範においてもそのようなものとして位置づけられている。したがってまた、解釈論上、後者の原則を厳格に解釈することが前者の保障をたしかなものにすることになり、学説も、とくに戦前・戦中の歴史に照らしつつ、厳格分離説を多数が採り、この原則の緩和をもたらす最高裁判例の立場を批判してきた。そうであるところ、剣道実技履修拒否訴訟などの場合、この両者があたかも対立し合うものであるかの如き観を呈し、被告側および裁判所は、原告の信教の自由が制約されてよいとする根拠に、厳格解釈を施した政教分離原則を用い、これに対して、原告側は、後者について分離を不当に緩和させたものであるはずのわが国最高裁の目的・効果論を援用して防戦につとめるといふ、いさゝか奇妙な構図がみられたのである。

これをめぐって、私の右稿は、政教分離原則の厳格な解釈に立ちつつ信仰の自由の擁護をはかる解釈論が追求されるべきであるとの立場をとるものであった。すなわち、本件で公立学校側が信仰をもつ生徒について体育教科履修上の代替措置を講じてよいのは、政教分離が本来緩やかなものであるがためではなくて、まさに、信教の自由という憲法上の価値の確保の必要のために政教分離原則の一定程度の緩和・後退が要請される事案であるがゆえであって、したがって、学校が

生徒の信仰の自由の確保のために配慮する措置を講じても、厳格分離を内容とする政教分離原則を侵犯したことはない、旨述べた(参照、本誌一七巻三号一〇一頁以下、とくに一〇八頁)。

この点で、土屋論文は、「本件は信教の自由の私事性を本質としながらも、その信仰の内核に由来する一定の行為が公立学校の現場で限定的に尊重されることによって、……他の生徒と実質的に平等に扱うことを要求したものであり、その実質的平等の措置をとる限りにおいて、原告の宗教と学校側が受動的かつ最少限に余儀なくかわることになる事案である」とみる(一四四頁)。このように、個人の信教の自由と政教分離の関係は、二律背反ないし緊張(または対立)ないし優劣ではなく、内的整合ないし両立の関係と認識すべきである、とする(一四三、一四五頁)。そして、わが国の判例は、それにもかかわらず、典型的には、剣道拒否訴訟神戸地裁判決(一九九三・二・二三)では「個人の信教の自由を政教分離等を根拠に限定的に把握し」、他方、箕面忠魂碑・慰霊祭訴訟最高裁第三小法廷判決(一九九三・二・一六)は、「その政教分離を極めて緩やかに解して」、結局、「個人の信教の自由と政教分離は共にその保障の範囲が狭くかつ強度が弱くなっている。つまり信教の自由の射程が短くなっている」と剔抉しているのである(一四四頁)。

こうした分析は、正当であり、このテーマを今後とも考えていく上で、大切な手がかりとなりうるものと、私は思う。

ところで、スイスにおいても、相似た事件が、連邦裁判所で審理されていた。それは、イスラム教生徒の水泳授業履修拒否の事案であるが、右のわが国の訴訟と同じく、信仰の自由と公教育の宗教的中立性との微妙な関係を検討課題とするものとして、極めて興味深い。すなわち、スイスはチューリッヒに住む、公立初等学校在学する生徒が、自己のイスラム教信仰にもとづいて、男女を同一のプールに入れてする水泳授業の履修の免除を申し出たところ、学校側に拒否され、この生徒と父親が在住^{カントン}の裁判官庁に出訴したが、斥けられたため、連邦裁判所に向けて憲法訴訟(Verfassungsbeschwerde)を提起し、一九九三年六月一八日、同裁判所第二部の全員一致の判決により認容された、というものである。右の邦裁判官庁(チューリッヒ邦政庁[Regierungsrat])が訴え棄却の理由とするところは、水泳授業は義務的な学校授業の一部であり、こ

の時間に出席することは、生徒の市民としての義務であつて、それゆえに宗教の自由に優越する、というにあつた。しかし、連邦裁判所は、右の扱いは恣意に該る、と判断したのである。

本稿は、この訴訟に注目し、連邦裁判所判決を紹介しようとするものである（同判決は、判例集未登載であるが、タイプ打ちの全文を見ることができたので、それに拠る）。判決紹介に先立つて、これを報じる新聞記事（Tages-Anzeiger [Wochenausgabe für das Ausland] 22. Juni 1993）にもとづいて、事実関係等を垣間見しておくことにしよう。

連邦裁判所は、イスラム教徒の少女に、授業科目としての水泳を免除した。——チューリッヒ邦
政庁は、その硬直した姿勢のゆえにローザンヌ（＝連邦裁判所）で敗北を喫した。

現在一一歳になる少女は、チューリッヒ市^{ゲマインデ}の市立初等学校に通っている。彼女の家族は、イスラム教の信仰をもっており、コランから導かれる紀律を固く守った生活をしている。それで、彼女の父親は、学校の設立母体たる「学校ゲマインデ」に対し、イスラム教は女性と男性が同一のプールで泳ぐことを禁じている、という宗教上の理由から、自分娘については水泳授業を免除してほしい旨を申し出た。イスラム教の紀律は、さらに、女性は異性の前で裸になつてはいけなと命じている。そのことから、膝までの衣服を着けて水泳授業に出ることも考えられるが、もしそうしたなら、少女は物笑いになったに違いない。それで水泳授業を受講しなかったわけであるが、そのため、邦の教育庁は、学校助成金の支給を拒否し、遂には政庁もこの拒否を認めたのである。

たしかに、チューリッヒ邦政庁も、右のような紀律がイスラム教徒について存在しており、鞏固な信仰をもった少数のイスラム教徒は思春期前の娘にもこの紀律を守らせていることを肯認し、その限りで両親は信仰および良心の自由を援用することができる、としていた。しかし、同政庁は、毎週の水泳時間は義務的な授業の一部であり、かつすべての児童が

これを履修することは公共の利益に属するから、これと密接に関連した信仰および良心の自由の制約は要求されてよいものであり、かつ受忍されなければならないものである、としたのである。

同政庁は、右の判断に加えて、外国人の「融合」(Integration) にかんする自らの解釈を、次のように開陳していた。すなわち、水泳授業は、原告たる娘の家族内の諍いをひきおこすかもしれないが、ここで論じられている紀律は、すべてのイスラム教徒が等しく遵守しているものではない。「そのことから、この鞏固にしてわが国では全く通例でない紀律の遵守を断念することを融合のためには最低限必要な覚悟として期待するのは根本的に無理なのかどうか、ということが問題になる」と。

連邦裁判所に係属した憲法訴訟において、原告側弁護士は、右のような議論は宗教の自由を空洞化するものであると、次のとおり指摘した。宗教にかんする憲法上の保障規定の意味は、多数者がそれを遵守しているか否かにかかっているのではない。融合は、たんに「従属」(Unterordnung) として理解されてはならない。原告たる娘の父は、彼女に水泳を学ばせることを望んでおり、そのため個人授業を受けさせている。学校水泳の目的も、それによつて達成されたのである、と。

連邦裁判所がとくに問題にしたのは、比例原則の扱い方であった。一面では、連邦憲法四九条一項がその不可侵を明定する信仰および良心の自由が存在しており、他面では、同条四項が、市民権または政治的権利の行使は宗教的規則によつて制限されてはならないことを言明している。

しかし、連邦裁判所は、この問題を、邦政庁のように単純に扱わなかった。裁判官は、市民の義務が宗教の自由に單純に優越するのではなく、この二つの原理は同一のレベルに在るものであつて、宗教の自由という私的利益と公益とのいづれが優越するかは個別の事例において衡量の上決しなければならない、としたのである。

学校の場合において論じられる宗教の自由は、何よりも寛容を意味する。このことのひとつの現われ方が、授業の免除 (Dispensation vom Unterricht) である。チューリッヒ邦は、鞏固な信仰をもつユダヤ教徒とキリスト再臨派には日曜日授業の欠席を認めている。この邦の規則の中には水泳の免除が定められておらず、邦政庁は、水泳授業にかんしてまで免除が問題になるものと考えなかつた点で誤りを犯している。このような邦政庁の理解は、比例原則に合致せず、憲法に違背したものである。

たしかに、児童が泳ぎを学ぶことは、公益の中に在る事柄である。しかし、この公益は、宗教の自由の制約を初めから甘受しなければならないほどの価値を有するものではない。スポーツの授業は、原告の娘が水泳に参加しないことで根本的に成立しなくなるというものではない。また、そのことで、学校の完結した秩序が危機に陥るということも、まずない。秩序立った、かつ効率の良い学校運営が右の免除によつて損害を被ることはないのである。そして、水泳授業の受講という市民の義務の目的は、原告の娘にかんしては、彼女が個人授業を受けることで達成される。それゆえ、訴えは認容される。

——以上が Tages-Anzeiger 紙の報道要旨である。また、わが国の新聞にも、時を移さずに報道するものがあつた(たとえば、「異性の前で水着はイヤ——水泳授業でスイス連邦裁、イスラム教少女の主張認める」との見出しの『毎日新聞』一九九三年六月一九日付)。

これらを参考にしつつ、スイス連邦裁判所判決を紹介することにしよう。なお、数字で示した項目(1、2、……)の下の小見出し、および、「」内は、紹介者が付したものである。

スイス連邦裁判所第二公法部 (II. Öffentlichrechtliche
Abteilung) 一九九三年六月一八日判決

裁判官

第二公法部長官・連邦裁判官ハルトマン (Hartmann) 、連邦裁判官ベチャルト (Betschart) 、同フンガービューラー (Hungerbühler) 、同ウルツブルガー (Wurzbürger) 、補佐裁判官ラセリ (Raselli)

原告・原告代理人

原告、父およびその娘〔氏名略〕。原告代理人、弁護士ダニエル・フィシャー (Daniel Vischer)

被告

チューリッヒ邦政庁 (Regierungsrat des Kantons Zürich)

適用法令

連邦憲法第四九条および欧州人権保護条約 (EMRK) 第九条。連邦憲法第二七条第三項および人格の自由 (水泳授業の免除)。

〔参考〕

連邦憲法第二七条

③ 公立学校は、あらゆる信条の持主が、自己の信仰および良心の自由を侵害されことなく、通学できるものでなければならぬ。

連邦憲法第四九条

① 信仰および良心の自由は、不可侵である。

② 何人も、宗教団体に加入し、宗教教育を受け、もしくは、宗教上の行為を行なうことを強制されることなく、または、宗教的見解を理由としたいかなる種類の刑罰も科せられない。

③ 満一六歳までの子どもの宗教教育については、右の諸原則に則つて親権または後見権能の所有者がこれを行なう。

④ 市民権または政治的権利の行使は、教會的または宗教的性質を有するいかなる規則または条件によつても、これを制限してはならない。

⑤ 宗教的見解は、市民の義務の履行を免除しない。

⑥ 何人も、自己の属していない宗教団体の固有の儀式を目的としてとくに課せられる税を負担することはない。この原則にかんするより詳細な規定は、連邦の法律制定に留保される。

欧州人権保護条約第九条

① 何人も、思想、良心および宗教の自由を享有する権利を有する。この権利には、自己の宗教または信念を変更する自由、ならびに、単独にまたは他の者と共同して、また公けにまたは私に、礼拝、教育、行事および儀式執行によつて、自己の宗教または信念を表明する自由が含まれる。

② 自己の宗教または信念を表明する自由は、法律によつて定められ、かつ、公けの安全のため、公けの秩序、衛生もしくは道徳の保護のため、または他人の権利および自由の保護のために民主的社会において必要である制限にのみ従わせるものとする。

（欧州人権保護条約の邦訳は、横田喜三郎・高野雄一編『国際条約集（第四版）』（一九七八年・有斐閣）に拠る。）

事 実

A——一九九一年三月一四日、原告父親は、ディーティコン (Dietikon) 学校助成局 (Schulpflege) に対し、当時小学校第二学年に在籍していた彼の娘について、イスラム教は男女を同一のプールに入れてする水泳を禁止しているという宗教上の理由にもとづいて、水泳授業を免除することを申請した。ディーティコン学校助成局は、右申請を拒否した。

B——これに対して不服申立て (Rekurs) がなされたが、ディーティコンの郡学校助成局 (Bezirksschulpflege) は、これを拒けた。同学校助成局がとりわけ強調したのは、水泳は義務的な体育授業の一部である、という点であり、個々の授業について受講が免除されるのは、健康を顧慮した医師の証明のある場合に限られる、としたのである。

原告父親は、右決定に対して、一九九一年二月一〇日、チューリッヒ邦教育庁 (Erziehungsrat des Kantons) に訴願 (Beschwerde) を提起したが、棄却された。さらに、これに対して、チューリッヒ邦政庁 (Regierungsrat des Kantons) に不服申立てがなされたが、成果は得られなかった (一九九二年七月一日)。

C——一九九二年九月一四日、原告父親は、彼の娘の法律上の代理人として、および、彼自身の名において、右一九九二年七月一日付政庁判決に対して、連邦裁判所 (Bundesgericht) に憲法訴訟 (staatsrechtliche Beschwerde) を提起し、右政庁判決の破棄を求めた。原告父親は、第一義的に、連邦憲法四九条および欧州人権保護条約第九条の侵害を主張し、さらに、補充的に、連邦憲法第二七条第三項および不文の基本権である人格の自由 (persönliche Freiheit) を援用した。

チューリッヒ邦司法局 (Direktion der Justiz des Kantons) は、一九九二年一〇月二九日、同邦政庁の名において態度表

明を行ない、この憲法訴訟の棄却を求めた。

判決理由

1. 訴訟管轄官庁

a. 裁判構成法第八十四条第二項によれば、憲法訴訟を提起することができるのは、主張にかかる権利侵害について、憲法訴訟以外の訴えまたは法的手段 (Klage oder Rechtsmittel) によっては連邦裁判所ないしその他の連邦諸官庁に訴えしえない場合に限られる。

連邦憲法第二十七条第二項および第三項の侵害を理由とする訴え (Beschwerde) は、行政手続法第七十三条第一項第a文第二号にもとづき、連邦参事会 (Bundesrat (連邦内閣)) への提起が許容される。本件では、原告は、連邦憲法第二十七条第三項を援用しており、その場合には「連邦裁判所に宛てた」憲法訴訟は却下されるのか、また事案は連邦参事会に移送されることになるのか、問うている。もし、「チューリッヒ邦」政庁がこの法的手段の問題について「連邦参事会にもっていくよう」教示していたなら、同政庁の決定は、行政訴訟願 (Verwaltungsbeschwerde) によって連邦参事会のとこで取り消されなければならなかったはずである。

b. 宗教にかんする憲法上の諸権利の分野における「官庁の」権限を明確にしようとするときには、まずもって、提起された訴えの内容を顧慮すべきである。本件の憲法侵害は、主として連邦憲法第二十七条第三項の保障領域にあるものであるから、訴えは連邦参事会宛となる(参照、BGE 107 Ia 261 (連邦裁判所判例集一〇七卷一a号二六一頁))が、これに対して、他の憲法上の権利に重点のある訴えは、連邦裁判所により裁判される(その例として、BGE 114 Ia 129)。従前の判例によれ

ば、右の権限にかんする申立ては、主要な訴えと緊密な関係にある本案(Hauptsache)とかかわって判断される。また、他の場合には、権限は、事情に応じて争訟手段の区別がなされるべきであるという、通常の権限秩序に従って定められるものとされていた(参照、BGE 107 Ia 264 E. c.)。近年にあつては、連邦裁判所・連邦参事会とも、類似の事案において、むしろ、権限の同化(Kompetenzattraktion)をいうに至っているが、それによれば、提起された憲法上の訴え(Verfassungsruhe)はすべて、いずれにせよ、主要問題とは関連させることなく、同等の機関によって裁定されるべきである、とされる(参照 Marco Borghi, in Kommentar BV, Art. 27, Rz. 88, 89, BGE 117 Ia 27)。

c. 連邦憲法第二七条第三項によれば、公立学校は、あらゆる信条の持主にとって、自己の信仰および良心の自由を侵害されることなく、通学できるものでなければならない。そのことから、宗派的に特定の方向に導いたり、あるいは宗教上の見解を敵視するような教授内容、教授方法ないし(教育の)組織形態は、違憲とされる。それにひきかえ、非宗教的な(atreligiös)授業は、公立学校の宗派的中立性の原則を侵害するものではない(Borghi, a. a. O., Rz. 68)。

原告は、たしかに、連邦憲法第二七条第三項をも援用している。しかし、原告は、彼の娘には免除されるべきだとする水泳授業について、それが公立学校の宗派的中立性の原則を侵害するものである旨主張しているのではない。むしろ、こうした訴えは、右の憲法原則の内容からはほとんど根拠づけることのできないものだとしている。そうではなく、(水泳授業の)免除を拒絶することは、宗教上の確信(religiöse Überzeugung)にもとづく生活形成を不可能にするものである旨申し立てているのである。つまり、何よりも提示されているのは、連邦憲法第四九条および欧州人権保護条約第九条にもとづく信仰および良心の自由なのである。

したがって、権限の観点から検討する限りは、本事案は、——別の特徴をもつものではあったが——、いずれにせよ宗教

上の理由にもとづく学校授業の自由選択の問題について判断がなされたところの、BGE 117 Ia 311 および BGE 114 Ia 129 における判決事例と同じ扱いをしても差支えない。つまり、BGE 107 Ia 261 においては、授業の宗派的中立性の原則が優越的に論じられた点が、本事案とは異なるのである。

このように、本事案においては、連邦憲法第四九条および欧州人権保護条約第九条にもとづく信仰および良心の自由が前面に置かれることになるから、提起にかかる憲法訴訟の扱いについては、連邦裁判所がその権限を有するものとすべきである。その場合、連邦憲法第二七条第三項が侵害されたとする追加的請求は、いずれにせよ、主要申立てと密接に関連し合っているものであつて、ともかくも独自の意義を有している場合でも、右請求にかんする判断を求めて連邦参事会に移送するということは、——この、権限問題にかんする判例は、従前のもの・近時のものとも、その点については同様であつて——、これを考慮の外に置いてよい。この理を、さらに、不文の憲法上の権利である人格の自由の侵害の主張についても妥当させることは、十分正当であつて、それにかんしては、いずれにせよ、通常の方法で連邦裁判所が権限を有しているのである。したがつて、争訟手段の区分の問題は、本事案においては存在しないものというべきである。

2. 当事者能力

a. 裁判構成法第八八条によれば、訴えの提起のための権利は、一般的に拘束する・ないし個別的に向けられた法令または処分により被った権利侵害に関係する市民（私人）および団体に帰属している。

本件の憲法訴訟は、娘の名において、また同様に父親自身の名において提起されている。本件訴えについては、両者各々が提起の能力を有するか否かを検討する。

b. 連邦憲法第四九条第三項によれば、満一六歳までの子どもの宗教教育については、親権または後見権能の所有者がその権限をもつ、とされる。そして、右条項は、連邦憲法第四九条第二項、さらには民事訴訟法第三〇三条第一項に依拠して、両親は、一六歳までの自分の子どもの宗教的教育および宗教活動について決定をする旨定めたものと解釈されている (*Ulrich Hüfelin, in Kommentar BV, Art. 49, Rz. 116, insb. Anm. 314*)。そして、民事訴訟法第三〇四条第二項と調和させて解釈するなら、結婚している両親については、両親の一方は、反証 (*gegenteiliger Anhaltspunkt*) が存在しない限り、他方と協力して「右の決定を」行なう、との結論が導かれてよい。つまり、連邦憲法は、信仰および良心の自由について、二重の担い手 (*doppelte Trägerschaft*) を予定しているといえる。すなわち、ひとつには、子ども自身が——いうまでもなく独立の権利行使には制約が伴っているが——右の基本権の担い手である。もうひとつには、両親にもこれがあてはまるのであって、一六歳に満たない自分の子どもにかんしては、その宗教上の教育権が、親の教育の自由の構成部分を形づくっているのである (参照 *Peter Karlen, Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Schweiz, Zürich 1988, S. 254 ff.; Hüfelin, Art. 49 BV, Rz. 115 f.*)。

〔参考〕

連邦憲法第四九条

② 両性は、同権である。法律は、両性の同等の地位につき、とりわけ、家族、教育および労働の分野において、これに配慮しなければならない。両性は、同一価値の労働について同一の賃金を請求する権利を有する。

そこで、本事案においては、原告の少女は、一九八二年生まれで、一六歳に達していないため、父親は、信仰および良心の自由について、彼自身の名においても、また同じく彼の娘の名においても、これを申し立てることができる。母親の同意については、反証は存在しない。

c. これに対して、父親が彼の娘の人格の自由を彼自身の権利にもとづいて申し立てることができるか否かは、問題となるように思われる。本事案の事実関係の下では、当該の「人格の自由にかんする」主張は、ともあれ副次的な意義しかもない。それゆえ、これにかんする父親の提訴資格の問題を未決定のままにしておくことには理由があり、それでも、いずれにせよ、これにかんしては少女自身が提訴資格を有しているのである。

3. 連邦憲法第四九条第一項、第五項の意味

a. 連邦憲法第四九条第一項によれば、信仰および良心の自由は、不可侵とされる。連邦憲法第四九条第五項では、宗教的見解は、市民の義務の履行を免除しない旨定められている。

「一九五〇年十一月四日の人権および基本的自由の保護にかんする条約」(欧州人権保護条約。EMRK; SR 0.101) 第九条は、すべての人に、思想・良心および宗教の自由、とりわけ、自己の宗教ないし世界観を、個人でまたは他人と共同して、公的にまたは私的に、礼拝、祈禱および宗教的儀式への顧慮をすることの自由への請求権を付与している(第一号)。また、宗教および告白の自由は、法律によってあらかじめ定められた、公共の安全と公共の秩序、公衆衛生および公共道徳のための、または、他人の権利および自由の保障のための、民主主義社会において不可欠の措置であるところの制約以外のものの対象とされてはならない、旨定められている(第二号)。

b. それで、連邦憲法(第四九条第五項)は、「市民の義務の履行」(Einhaltung von Bürgerpflichten) [どうも文言の下に]、欧州人権保護条約、とりわけ公共の秩序ならびに公立学校への他の就学者の権利および自由の保障を留保している。連邦裁判所は、BGE 117 Ia 314 E. 1b において、連邦憲法と欧州人権保護条約(連邦裁判所が、BGE 114 Ia 131/2 を参照する BGE 116 Ia 258 の中に採り入れているようなそれ)は同等の保障を含むものであるか否か、また、むしろ右条約の方

がより広範な保障を擁護するものでないか否かという問題を、未解決のままにしている（これについては、次のものも参照、Karlen, a. a. O., S. 163 ff.）。しかし、連邦裁判所は、判決の精確化という意味において、次のことを確認する。——邦は、宗教の自由を、就学の義務を含む市民の義務を定めることによって制約することができるが、公共の利益によって命ぜられ、かつ、欧州人権保護条約第九条第二号の意味における不可欠な措置との関係で比例原則に適う形で定められたよりも広範に制約することは許されない。

4. 宗教の自由侵害の存否

a. 連邦裁判所は、訴えにかかる基本権への侵犯が存在しているか否か、ないし、主張にかかる侵害が、訴えにかかる憲法上の権利の保護領域に向けられたものであるか否かを、自由な審理によって裁定する。また同じく、連邦裁判所は、生じうる基本権制限が優越的な公益に因るものであり、また比例原則を保持したものであるか否かを自由に審理する。法律上の根拠が問題とされる際にのみ、連邦裁判所は、審査の厳格度 (Prüfungsintensität) に、侵犯のひどさの程度に応じて段階をつける (Waller Külin, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, Bern 1984, S. 184; Karlen, a. a. O., S. 461, 宗教の自由にかんして)。

b. 連邦憲法第四九条第一項および欧州人権保護条約第九条第一項は、各人の宗教的言明 (Bezeugung) を、国家によって侵されえない・自己責任によって処理されるべき領域として保障している。そこには、神性 (Göttlichen) ないし超越性 (Transzendenter) に対する人の関係にかんするあらゆる種類の観念が含まれている。信仰告白は、いずれにせよ、一定の原理的・世界観的な意味を有するものに相違なく、それゆえそれは、世界についての全体的観点に相当する。すなわち、信仰告白に伴って、根底的問題についての宗教的に基礎づけられ・関連づけられた観点が明らかになり、またそうでなければ、宗教の自由自身が、把握しがたい一般のおよび行動の自由 (Allgemein- und Handlungsfreiheit) へと拡張してしまうで

4866 (Hügelin, Art. 49 BV, Rz. 42 ff.; *François Aubert*, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Bd. II, Neuchâtel 1967, S. 712 f.; *Jörg Paul Müller*, *Die Grundrechte der Schweizerischen Bundesverfassung*, Bern 1991, S. 57; *Peter Karlen*, a. a. O., S. 201 ff.; *Beat Kaufmann*, *Das Problem der Glaubens- und Überzeugungsfreiheit im Völkerrecht*, Zürich 1989, S. 239 ff.; *Frowein / Peukert*, EMRK-Kommentar, N5 ff. zu Art. 9; *Jochen Abr. Frowein*, *Freedom of Religion in the Practice of the European Commission and Court of Human Rights*, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 46/1986, S. 250 ff.)°

宗教的自由の保障は、キリスト教およびローマ・カトリック教会ならびに諸宗教共同体の伝統的な信仰形態だけでなく、右の教会・宗教共同体の量的な拡張から独立したすべての宗教に向けられる (Hügelin, Art. 49 BV, Rz. 42; *Karlen*, a. a. O., S. 202; *Arther Haefliger*, *Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz*, Bern 1993, S. 223; *Frowein*, a. a. O., S. 252)°。そして、その中には、イスラム教も含まれるのである (vgl. BGE 113 Ia 304)°。

c. 宗教的自由には、信仰をもつかもたないかという内的自由も、また同様に、宗教のない、世界観的確信を、一定の範囲内で、表明し、実践し、および拡張する外的自由も包含される (BGE 118 Ia 56 E. 4c; *Hügelin*, Art. 49 BV, Rz. 50 f.; *Müller*, a. a. O., S. 58; *Hügelin*, a. a. O., S. 224)°。これに属するものは、自己の行態のすべてを、信仰の教義に従って整理し、また自己の内的な信仰上の確信にもとづいて処理する権利である。右のように保障された宗教的実践については、礼拝行為——それを実行することは、連邦憲法第五〇条においてとりわけて保障されている礼拝の自由の中にも包括される——や宗教的慣習だけでなく、文明諸国民のもつ一定の調和しうる道徳上の基本的見解の範囲内にある限りで、右以外の・宗教生活にかんする表現もまた、それに数えられる (*Karlen*, a. a. O., S. 205)°。連邦憲法第四九条と第五〇条の保障領域が、その限りで重なり合っているということは、本件の事実関係に影響を及ぼすものでないから、問題にならない (vgl. *Ulrich*

Hüfelin, in *Kommentar BV*, Art. 50, Rz. 13)°

[参考]

連邦憲法第五〇条

- ① 宗教儀式上の行為を自由に行なうことは、道徳および公の秩序の限界内でこれを保障する。
- ② 邦および連邦は、様々な宗教団体の構成員間の秩序および公の平和を維持することを目的として、また、市民および国家の権利への教会当局の侵害を防止するために、適当な措置を講じることができる。
- ③ 宗教団体の創立または分離をめぐって生じる公法上または私法上の異議については、訴願提起の方法で、権限を有する連邦官庁の決定に、これを委ねることができる。
- ④ スイスの領土において司教区を設立するには、連邦の許可を必要とする。

それゆえ、信仰および良心の自由は、命令的な信仰命題の厳守だけを保障しているものではない。むしろ、信仰および良心の自由の保障は、具体的な生活状況に即して宗教的に動機付けられた行為の態様を強制的にでなく促し、ただ、疑問のはさまれる反応についてもそれを、生活状況を信仰姿勢に即するように矯め直すための適当な手段と見なすところの確信にまで伸張しているものである。そうでなければ、宗教の自由は、十全な発達をみることはできなかったであろう。もとより、そうした行為態様は、宗教的確信の直接的な表現である〔場合にのみ保障される〕ということが前提となる (*Karlen*, a. a. O., S. 214; *Frowein / Peukert*, a. a. O., N12 zu Art. 9)°。宗教的に条件づけられた叙任規定もまた、連邦憲法第四九条第一項 (*Karlen*, a. a. O., S. 232 f.) および欧州人権保護条約第九条第一項 (*Hüfelin*, Art. 50 BV, Rz. 12 mit Hinweisen) の保障の中に含まれており、その限りで、右規定も、場合によっては、宗教および世界観共同体のもつ・生活態度の非本質的ではない構成要素を形づくっているのである。

特別な問題が生じるのは、イスラム教の場合のように、信仰を抛りどころとする行為態様を、精神的・宗教的生活について、それが世俗的・価値多元的社会における支配的見解と一致するような形で制約するだけでなく、信仰によって、人間生活のすべての領域を宗教的規則に優先的に従って形成する義務を課するものである、とみる宗教理解の場合に生じる (vgl. Klouty / Hagemann / Heine, *Islam-Lexikon*, Heder-Spektrum 1991, Bd. 3, S. 646 f.)。それで、問題になっている宗教的表現行為のいかなるものが憲法上の保障を受けることができるかを審査することが不可欠であることが判明するのであって、さもない場合は、宗教の自由は、輪郭のないものとなるであろう。

いずれにせよ、連邦裁判所は、信仰上の教義の内容が問題となっている限り、「その判断にあたつては、」大きな謙抑を自らに課すべきである、と考えるものである。信仰上の行為および紀律についての価値判断、またましてや神学上の正当性についての審査、とりわけ信仰上の文書の適切な位置付けについての解釈などは、恣意の限界を逸脱していない限り、ともかくも、連邦裁判所の介入を拒むものでありつづける。他方、社会現象としての宗教については、連邦裁判所は、制約を受けることなく、これを論議の対象にすることができ (vgl. *Karlen*, a. a. O., S. 461 f.)、その際、連邦裁判所は、とりわけ、一定の行為態様が信仰に帰せられるのか、それとも他の脈絡にもとづくものなのかについて判定してよいのである。

d. 原告は、イスラム教信仰は、男女共学の水泳授業で実習することになっている男女を同一のプールに入れて水泳を許していない、ということを引き合いに出し、そして、コランの中で定義されているような服装についての規定もしくは行為についての紀律を参照するよう主張している。

そこでコランであるが、第二章 (Sure) 第三一節 (Vers) は、次のように述べている。「そして、信心深い婦人にいう。汝らは、(誰かを凝視するのではなく、愛する者よ) 目を伏せるべきである、また、汝らは、汝らの恥部を隠し、汝ら

が(肉体に)着ける装飾品を公然とみせてはならず、さらに、肉体は、(通常の態様では)みることができないようにし、その肩掛け(Schal)は(襟ぐりから前へと下がる)(衣服の)あきあきを作っておくようにし、汝らが(肉体に)着ける装飾品を、汝らの夫、汝らの父、汝らの義夫、汝らの息子たち、汝らの継息子たち、汝らの兄弟たちと汝らの姉妹たち、汝らの女主人たち、汝らの女奴隷たち、いかなる(性の)衝動も(もはや)もっていない男性の役人たち、女性性器についてまだ何事も知らない子どもたちを除き、いかなる人に対しても公然とみせてはならない……」(Rudi Paret, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1966, S. 289 によるコーランの翻訳を参照した。)さらに、コーランの第三章第五九節の中には、次のようにも書かれている。「予言者よ! 汝の夫人たち、娘たち、および、信者の婦人たちに告げよ、汝らは、(汝らが外出するときには)汝らの衣裳を、いくらか(頭から)すっぽり被るべきである。したがって、まっさきに確保されるべきは、汝らが(行ないの正しい婦人であることを)認識し、そのことによって苦悩を負わないということである……」(Paret, a. a. O., S. 350)。

右のようなコーランの行為規則について論じられるのは、——それが唯一というものではないが、——イスラム教の道徳・倫理的、宗教的価値観の表明の問題である(vgl. Khoury/Hagemann/Heine, a. a. O., Bd. 2, S. 446 ff./Bd. 3, S. 665 ff.)。イスラム教の共同体に属する多様な構成員に対して行なったチュールリッヒ教育局(Erziehungsdirektion)のアンケートは、次の結果を示している。すなわち、コーランは、たしかに、その文言からして、女性に、性的成熟に達するや直ちに身体を衣服で覆うことを求めていること、また、年若い女兒および男児には早くからきびしいイスラム教信仰の宗教教育がなされているという根拠から——後出の諸規定を顧慮して——、男女を同一のプールに入れてする水泳授業に参加することは許容されないこと、である。このことは、さらにまた、一件書類の中にあるチュールリッヒ・イスラム教団基金(Stiftung Islamische Glaubensgemeinschaft Zürich)の秘書の覚え書きによっても根拠づけられている。したがって、男女を同一のプールに入れてする水泳を義務づけることは、コーランの中で具体的に画定された者と近い関係にある構成員の場合を例

外として、イスラム教の信仰規則に抵触することになる。

それゆえ、宗教の自由の保障の下で、それに適合した行為形態が存在するというべきである。議論の余地ある慣習が遵守されているのが、イスラム教構成員の全員によつてであるか、またその多数によつてであるか、ひょっとすればその少数によつてであるかということは、決定的な問題ではない。憲法上の宗教の概念を広く定義する観点からすれば、この規則は、それが少数者の宗教的見解から流出したものとして妥当する場合にも、憲法上の保障を享受することになる。また同じく、この規則が発生地における、また本件ではトルコにおける普遍的な慣習として、引き合いに出しているすべての人に妥当するか否かの問題も、そのもつ意味は小さい。

e. それゆえ、共学の領域で存在している男女を同一のプールに入れてする水泳授業の義務は、本件の事実関係においては、原告の宗教の自由を侵害するものであり、なおこのことは、邦の審級もそのように判示していたところである。

5. 人格の自由侵害の存否

原告は、娘の人格の自由の侵害を、彼女が一定の期間、相当冷たい水に、その意に反してまで入っていることを求められたということの中に見出している。ここでは、人格の自由は、特別の憲法上の権利に対して後景に退いているから (BGH 117 Ia 30 E. 5b mit Hinweisen)、宗教の自由が問題になる限りで、この基本権を正當に引き合いに出すことはできない。

連邦裁判所判例によれば、不文の憲法上の権利である人格の自由は、ただ、人格の発展にとっての本質的現象のみが擁護されている。すなわち、この基本権は、あらゆる物質的または精神的不快から人を保障するものではないのである (BGH 118 Ia 314 E. 4a; 117 Ia 30 E. 5a)。

水泳授業の時間に、当人の意に反して、相当冷たい水の中にとどまることを時には強制されることは、たしかに、場合によっては不快を惹起するかも知れないが、そこには、人格の自由という基本権への侵害は何ら存在しないのであって、身体的、また精神的な完全無欠さが脅やかされてもいなければ、それ以外の本質的な人格の発展が妨げられてもいないのである。

(未完)